CAROLI ALEXII PISANI

SACRI CONSISTORII ADVOCATI

DISSERTATIO

DE FIDEICOMMISSIS.

ROMÆ MDCCLIX.

Ex Typographia Josephi & Philippi de Rubeis apud Pantheon.

SVPERIORVM PERMISSV.

SANCTISSIMO DOMINO NOSTRO

CLEMENTI XIII.

P. O. M.

CAROLUS ALEXIUS PISANUS.

Quum Benedictus XIV. P. O. M. me nihil tale sperare, ac ne cogitare quidem ausum in Amplissimum Ordinem Sacri Consistorii Advocatorum retulisset; jamque, ut est in more positum, dissertationem de Fideicommissis ejus sub auspiciis propediem essem editurus, accidit, ut Optimus, sapientissimusque Pontifex extremum diem obierit. Sed mœrore, quem tanti Pontificis amissione concepimus, haud ita multo post singulari DEI beneficio le-

vati sumus, cum Tu, Beatissime Pater, *universo Orbe plaudente, Pontifex es renunciatus, cujus eximiæ virtutes, in primisque adversus DEUM religio, comitas, in pauperes liberalitas, in omnes virtute, & morum honestate præditos amor in omnium ore versantur: Patere igitur, ut, dum delatam Tibi divinitus hanc dignitatem, summumque in terris honorem omnes gratulantur, mea hæc dissertatio Tuo inscripta Nomini lucem adspiciat. Difficile est, fateor, argumentum pro dignitate tractare, quod apud eos, qui in forensi palæstra versantur, aut e subselliis de jure respondent, pervulgatum quum sit, & in quo explicando Juris Interpretes etiam magni nominis bene multi insudaverint; tamen illud ad penitioris Jurisprudentiæ cognitionem pertinere omnes consentiant. Id quod ad me excusandum, si forte erravero, sat esse censeo. Exiguum profecto est munus hoc, quod Tibi offero,* Pater Beatissime, *nec dignum sapientia Tua, vel Summi Pontificis Majestate; sed inter communia vota feliciter mihi successit, ut ego quoque publica hac declaratione Tibi gratulari valeam.*

SIqua sunt in Jure Civili aut operosius investiganda, aut excutienda uberius, & accuratius, ea potissimè videntur esse, quæ Hominum decedentium voluntates ad benemerendum de superstitibus comparatas amplectuntur. Sive enim sit amor sui, sive liberalitas, quibus impellantur Universi, ità comparatus est Mortalium animus, ut dum imminere mortem sentit ad ceteros convertatur, quos vult ea habere, in quibus dum vivebant suæ felicitatis partem, vel totam collocaverant. Quum enim perpetuo superesse nequeant, vitam quodammodo producere cogitant, dum in posterorum memoria versantur, atque adeò Amor sui ipsius in causa est, quare ad superstites res suas delatas velint: Ad liberalitatem quoque exercendam erga alios Natura ducimur; quare & illud efficitur, ut erga eos, quos carissimos, dum vivimus, habemus, propediem morituri eamdem exerceamus.

Itaque constituta inter Homines ab initio rerum proprietate, seu ab industria primi Occupantis (1), seu a communi Gentium consensu (2) ad jurgia, & conten-

(1) *Lock de Civ. Reg. cap. 4. n. 5. & seqq.*

(2) *Grot. de Jur. Bell., & Pac. lib. 2. §. 2. Puffend. de Jur. nat., & Gent. lib. 4. cap. 4. §. 4. & seqq.*

tiones inter Homines amovendas, & ad humanæ societatis columen, atque tutelam repetenda, nullum luculentius erga alios benevolentiæ signum exhiberi potuisse perspicuum est, quam ut proprio labore, atque industria parta a singulis Bona in eos transferre possent, per quos ad se se redire quodammodo viderentur.

Statim igitur in id conversa fuerunt consilia, pervasitque animos ea in primis sollicitudo, ut quamdiù vivi, hominesque sumus, nostra nobis sarta tecta servemus. Defuncti autem non ea quidem jam tum, cum vitæ nobis usura deest, quo tempore nec amplius velle, nec posse amplius, qui decessere exploratum est, deferamus, sed in antecessum, & adhuc incolumes statuamus deferri postmodum ad superstites, sub una, & altera conditione eo defectura, aut extitura momento, quo mors contigerit, quæque, ut extitit, aut defecit, retrahatur oportet ad sui initium, nulla obducta fictione juris, sed ex qualitate, ac natura actus, agentisque animo sic affecto, ut vel ab ipso rei gestæ exordio, sub conditione altera ademptum, sub contraria datum omninò velit.

Suprema enim judicia hominum sedulo si perscrutemur, statim apparet obnoxia eadem esse tribus potissimis conditionibus, quæ tacitè inesse dicuntur actui, & quibus pendentibus in ancipiti, is quoque pendet, imperfectus quidem ex incerto adhuc eventu rei, qui consensui moram facit, at non ideò prorsus iners, & inanis: Quia sicuti consensus deesse penitus, conditione defecta potest, ita ea existente adesse, & expleri actus ex rei exitu, quæ vis est, ac natura insita conditioni. (1)

Nam

(1) *Grot. de Jur. B. & P. lib. 2. §. 15. n. 17., Puffendorf. de Jur. nat., & Gent. lib. 3. cap. 8. Barbeyrac. ib. Domat. Loix Civil &c. part. 1. lib. 1. tit. 1. sect. 9. Thomas. Instit. Jurisp. Divin lib. 2. cap. 7. §. 95. & seqq.*

Nam ea quoque accedente actui, vult sane quilibet sciens prudens, quia vult, nullo cogente, ut velit, & hoc non alio modo velit, atque adsentitur deliberato animo in id, quod agit; Is ergo, qui per Testamentum in alium Bona transfert sua, adsentitur quidem; sed nisi contingat eum pænitere suæ voluntatis, nec voluntatem, sed voluntatis effectum differt in incertum tempus futuræ mortis, quæ duæ casus, temporisque adjectiones, quarum utraque pendet ab incerto exitu rei futuræ, altero incerto *simpliciter* (1) ut loquuntur, altero incerto *secundum quid*, conditiones perspicuè sunt, atque ut afficiunt, ac morantur consensum, ita quum primum extitere, perficiunt, (2) actumque hactenus fluctuantem inter consistentiam, & nullitatem, ita vestiunt, ut expletus ex parte agentis omninò sit; nihilque aliud ad absolutum sui robur, firmitatemque exigat, quam ex parte altera assensum ejus, in quem dirigitur, ut ex utroque in idem elicito, & quasi in unum coalescente utriusque placito, in conventionem mox abeat, & cujus hactenus fuit expers, nanciscatur utrinque pondus, obligationi pariendæ aptum. In quo nemo non videt, versari tertiam æquè dilucidam, quæ postremæ voluntati inest, incerti exitus conditionem, quia incertum peræque est, an exitum quoque sit habitura voluntas ex parte heredis, perstitura dumtaxat, eo adeunte, defectura vero, ac cessura in irritum, eo prædefuncto, seù repudiante.

Et hæc potissima est causa, cur tempus subsequens aditionis retrahatur ad antecedens, quo mors contigerit; hoc enim momento solus obeuntis actus absolvitur, he-

(1) *Vinn. Comment. in Instit. Civ. de hered. Instit. §. 9. n. 5., & 6.*

(2) *Pomponius in L. Si Pupillus 26. ff. de condit. Inst. Papinian. Leg. 75. ff. de condit., & demonstr.*

heredis pergit manere anceps, adeòque ut primum is quoque emergit, coëant oportet hi duo consensus, revocato altero ad momentum, quo prodiit alter, ut ex utriusque concursu res conficiatur, atque ex ea oriri obligatio possit, seu quod unum, idemque est, redeat conditio ad exordium suum, & perindè ac si adjecta non esset, evanescat, ac dilabatut ab eo momento, quo defectis aliis, ea sola superest, ratione in primis, ac natura actus conditionalis, ità exigente, ne per intervallum, quo ab obitu aditio distat, contra voluntatem defuncti desit, qui jure capiat ab eo relictum, ejusque accessiones, & incrementa, quique etiam subeat incertam aleam decrementorum, & decessionum.

Porrò homines, ut natura imbuti plerique omnes, ductique sunt, ingruente primum vitæ discrimine, deindè ut assolet experrecti cogitatione mortalitatis, cæpere identidem sua, dum probe norant, haud retinere diutius ea posse, modo præsentibus, modo absentibus elargiri, prout occasio tulerat nulla stata condicta forma, ad tuendam patefactam voluntatem, sed freti tantummodo adstantium fide, ut tum innocui mores falli, & fallere prorsus nescii. Quæcumque autem peragebantur erga præsentes, quæ donationes ex causa mortis vi sua sunt, alia nomen pristinum rei conveniens retinuere, abiere alia deinceps in Testamenta, quæ verò relinquebantur absentibus, procedente tempore Fideicommissa (1) Romano Jure sunt appellata, propterea quod necesse erat alienæ fidei committere exitum voluntatis, atque uno verbo rogare adstantes, ne paterentur spe sua decidere moriturum, eo præsertim ignorante, in quem liberales se se præbere volebant.

Quem-

(1) *Scripsere de Fideicom. Mæcianus, Valens, Cajus, Ulpianus, Paulus, quæ toties iterata tractatio materiæ ubertatem arguit.*

Quemadmodum verò Fideicommissi verbum haud ita pridem, quàm abiisset in usum legis, invectum est, ità nil mirum si apud vetustissimos Exoticarum rerum Scriptores, ne demptis quidem Sacris Codicibus Hæbreorum, nulla quoque mentio incidit Testamenti, eo sensu usurpati, quo suprema decedentis vota complectitur, quia inoleverat quidem vel ab ineunte dominio usus, ac rei substantia, insculpta animis a natura; deerat tamen incongrua adhuc substantiæ vox, inducta posterius ex rei forma, quam necessitas ipsa expressit.

Nam simul ac gliscentibus vitiis deferbuere pristini mores, atque increbescente malitia, ab innocentia, & ab honestate descitum est, incessit animos quoque aviditas potiundi rebus, bonisque alienis, quibus clanculum diripiendis, nullus paratior patebat aditus, nulla expeditior perfidiæ via, quam intercipere morituri Sententiam, aut uni sibi remotis Arbitris nuncupatam, aut aliis etiam accitis proditam, sed his quoque cum nuncupante e medio sublatis, adductis scilicet rebus in eum casum, quo nemo injustè occupantem perfidiæ, & mendacii posset arguere.

Hæc in causa fuere, cur sapientissimi omnium, ac peritissimi Conditores Civilium Legum, qui sensa hominum probe noverant, naturale arbitrium rerum nostrarum, collatum in tempus adeò technis, dolisque obnoxium, ne in criminis occasionem, quam facile iniquiores arriperent, prosiliret, coercendum duxerint intra fines, quos prætergredi non liceret. Factum ergo est, ut voluntas explicaretur deinceps certo modo, certisque adscitis in id personis, quarum religio, fidesque foret, veluti tessera veritatis. Quæ inita ratio Testamento nomen a testatione, formamque a verbis, rituque præbuit.

Haud

Haud ergo cuilibet voluntati, quæ eliceretur in casum mortis, ſed legitimæ, & juſtæ tantum acceſſit pondus Civilis Juris, juſſis reliquis contineri fræno pudoris, & honeſtatis, quo antea ſolo pleræque omnes continebantur.

Quoniam verò Romanorum Juriſprudentia aliquanto, ut fit, ab initio tetrica, & ſcrupuloſior; myſtica tamen, ac momentoſa, utpotè raro a ratione devia, & ad ſenſa Hominum penitiora, gentiſque indolem mire exacta, inniti cœpit, coaluitque quibuſdam principiis, ac fundamentis, qua philoſophicis, qua politicis, a quibus tamquam tutiſſimis Juris regulis, vel hilum deſciſcere neſas eſſet, atque eo in primis certo principio, quo rite conditum *Teſtamentum univerſam complecteretur hereditatem*, ità videlicet, ut *nemo decedere, qua teſtatus, & qua inteſtatus*, ac *nemo eſſe pro parte heres pro parte non eſſe de jure poſſet*. Hinc neceſſitate cogente obtinuit, ut voluntas collata in alterum, tam ſeorſim a Teſtamento, quàm non eo modo, quo leges juſſerant, commendaretur hæredis fidei, cujus arbitrium pro lege fuit, ne eo adacto ad obtemperandum, ſubverterentur jura Teſtamentorum, ac potentior lege voluntas eſſet.

Acceſſit ſubinde Cenſura Juris arcentis ſanè multos a facultate capiendi aliquid, aut capiendi ſolidum ex Teſtamento, quibus propterea, quum intercedente ſanctione Legum, nec deferri hereditas poſset, nec legari quicquam ex ea decerptum, quicumque ad eos pervenire vellet, aut univerſam hereditatem, aut ejus partem, is verbotenus, ne in leges committere videretur, ſcribere cœpit ex aſse heredes, qui ritè inſtitui, palamque capere tuto poſsent, rogatos tamen, ne, ut cum bonis bene agier oportebat, interpoſitam fidem fallerent,

ſed

ſed ejus ſequeſtres, & quaſi vades, reſtituerent alteri ex bono, & æquo, quod ut *adſcititii*, fictique hæredes, non tam dominii jure, quam religione depoſiti percepiſſent.

Sed his etiam *commendationibus* mortuorum, (1) ut nondum invecto Fideicommiſſi nomine, dicebantur, abrogata non raro fides deinceps eſt, quouſque temere, ac diu vagantes inter perfidiam, & honeſtatem, eas quoque Auguſtus (2) abire juſſit in auctoritatem Juris Civilis, quo primum tempore Fideicommiſſi nomen conflatum eſt. Romani enim Juris Conſulti, plerique imbuti doctrina, ac moribus Stoicorum, quos Cicero Architectos verborum vocat, (3) ut ab iis plura ſunt mutuati, invexere etiam in Juris artem novum hactenus rei vocabulum, non adſcitum peregre, nec inconditum ad rei proprietatem luculentius exprimendam.

Quæ ergo hactenus commiſſa in dies alienæ fidei, nullo juris externi vinculo obnoxia fuerant, nullamque civilem obligationem, actionem nullam, in invitos proditam, diu pepererant, ea quoque quum nacta eſſent perfectum robur, conceſſere in Legis neceſſitatem, ex quo ut legitimè, ac plenè debita præſtarentur.

Ex his itaque, ſi quis rem ſedulo animadvertat, ſatis opinor, ſuperque patet, Fideicommiſſa, nullo præeunte eorum cunabulis jure ſcripto, uſurpari cœpta naturæ vi, moribus gentium inoleviſſe, adeòque excitata, ac profecta eſſe ab eo omnium communi Jure, quod naturalis ratio conſtituit, quodque explicarunt deinde Gentes, ut receſſere primum a Communione, quam negativam plerique appellant. Nituntur enim hominum fide,

(1) *Cic. de Finibus lib. 3. cap. 20. & de Codicill. in pr. Theophil. ibid.*
(2) *Inſtit. tit. de Fideic. hæred. §. 1.*
(3) *Eod. lib. 3. cap. 20., & in Brut.*

fide, ad quam servandam maximè impellimur, non suadente ratione tantum, sed præcipiente, ne quod iniquum, ac turpe est, fidei depositum fraudemus. (1) Hinc Seneca (2) *Religiosum* vocat, *Sanctumque Virum, qui diligenter, ac circumspectè tueri solet Fideicommissa*. Homerus (3) quoque, cujus testimonio præcipuè in iis, quæ ad adstruendum Jus gentium pertinent, persæpè utuntur Juris Auctores, inducit Andromacham super exanime corpus Hectoris ejulantem, ac de eo sollicitam, dolentemque, quod moriens non porrexerit ei manum, quam fidei symbolum esse constat, (4) nec illi exciderit ullum verbum, cujus gestura defuncto morem, recordaretur, quem locum scite Plutarchus (5) ad extrema Mandata, Fideique commissa refert. Eoque magis, quod pudore dicuntur ea contineri: Sic apud Comicum Pamphilus, ut rem suæ commissam fidei peragat, se commoneri, & commoveri (6) pudore, ait: Pudor autem, ac verecundia, ut excitantur ab honestate, ità a jure naturæ sunt. (7) Accedit, in Libris Juris Fideicommissa ad pietatem passim referri, quod verò pietatis officio impenditur, id certè impendi natura constat. (8)

Non omittam, quamdiù etiam solemnes Formulæ obtinuere, quibuscumque concepta verbis ea constitisse (9), quod manifestum indicium est, Consultis quoque Romani Juris fuisse compertum, & exploratum, recensenda esse Fideicommissa inter ea, quæ pertinent ad Jus gen-

(1) *Leg. 1. ff. de Constit. pec. Leg. 1. §. 4. ff. depos. cap. 1. de Pact.*

(2) *De Tranquillit. Vit. lib. 2.*

(3) *Iliad. circ. fin.*

(4) *Servius 3. Æneid. vers. 607. & 611. Plin. lib. 11. cap. 25. Et ex illa Terentiana Mysi, quæ per apprehensam Pamphili dexteram ejus fidei Glicerium committit.*

(5) *In vit. Homer.*

(6) *Instit. tit. de Fideicom. Hered. §. 1.*

(7) *Paul. lib. 35. ad Edict. Leg. 14. §. 2. ff. de ritu Nupt. Cic. & Senec. loc. cit. Tertullian. lib. ad Uxor. in princ.*

(8) *Leg. 95. §. 4. ff. de solut.*

(9) *Ulpian. Fragm. 25. §. 9. leg. 11. in princ. ff. de legat. 3.*

gentium, nec ideò oportere, ut ad instar earum rerum, quæ aut erant prorsus Juris Civilis, aut condictam. statamque formam ab eo receperant, latinè conciperentur, ut Civilia pleraque concipiebantur. Diserto Cato, [1] *Testamenta, Commendationesque* obeuntium, ex naturali affectione animorum manasse, ait: Commendationum vero nomine Fideicommissa intelligi, per se patet, teste etiam Tertulliano [2], qui suprema decedentium monita Fideicommissa disertè vocat.

Sed nec alia desunt argumenta, ex quibus vel inviti fateri cogimur ea esse a natura profecta. Quum enim nondum Civilis Juris firmitatem haberent, licet ad agendum non prodessent, proderant tamen ad excipiendum, ità nimirum, ut si quando ex fide restituerentur, quacumque Indebiti Condictione cessante, nulla repeti actione possent, [3] cederentque pleno, ac perfecto jure, cui solvebantur, quod ut est evidens argumentum naturalis obligationis Fiduciarii personæ hærentis, ita evidentissimum quoque est, Fideicommissorum primordia a Jure Gentium esse arcessenda. Traditio enim, cui causa deest, jura dominii transferre nequit; causa vero, seu Juris vinculum, tunc Civile certe non aderat, naturale ergo adfuisse oportuit, quippè hoc insuper deficiente, actus, qui geritur, nullus est, ex eoque competit ei, qui dedit, repetitio rerum indebitarum, nec traditione propterea in alterum, deficiente titulo, transeuntium [4].

Nec movet, quod si naturæ obligatio aderat, ea profuisset etiam ad agendum, quum is vere tantum de-

(1) *Apud Cic. eod. lib. de Fin.*
(2) *Laud. lib. ad Uxor.*
(3) *Leg. 12. ff. de condit. Jud., L. penult. ff. Quod quisque Jur. Leg. 27. Leg. 34. de negoc. gest.*
(4) *Leg. 27. de usu, & usufr. legat. Leg. 54. ff. de condict. Indeb.*

debeat, a quo exigere invito licet (1), non licuit autem tunc ab invito, ergo non extitit verè debitor, ac proindè repeti ab eo potuit, quod per errorem solutum fuerat.

Nam Jure tantum Civili inspecto, strictè debitor intelligitur, qui compelli ad solvendum possit. Consulunt enim Civiles leges præsidio actionum Civili dumtaxat obligationi, seu mixtæ; naturali sæpè non consulunt, nisi sola exceptionis ope, qua se Creditor tuetur, quæque æquitate incolumi tolli nequit (2). Ex quo satis, superque liquet, ubi exceptio de jure adest, ibi debitum quoque adesse (3), ac vel tum novisse Juris Consultos, ex Fideicommissis oriri palam, ut verè oritur, obligationem planè similem obligationi initæ ex nudo pacto, a pupillo, qui doli est capax, atque adversus Macedonianum, & Vellejanum, quas a natura peræque omnes prodire constat, sed nullo niti præsidio Juris, adeòque prodesse unicè ad excipiendum, non ad agendum.

Ad hæc: per Fideicommissa illudere olim impunè licuit cuicumque legi prohibenti capere ex Testamento, ne dempta quidem Voconia (4) ipsa, qua fœmina institui ex asse hæres prohibebatur; Tanta erat religio, ac pudor servandæ fidei, ex injecta animis certitudine, ad Fideicommissa restituenda impelli natura eum, qui honestus est. (5)

Interea, ne, adjecta Fideicommissis Civili etiam obligatione, qua dudum penitus caruere, subverterentur

(1) *Leg. 6. §. 4. ff. de Fidejus. Leg. 108. ff. de V. S.*

(2) *Leg. 1. §. 17. ff. ad Leg. Falcid.*

(3) *Leg. 59. ff. de Condict. indeb.*

(4) *Cic. lib. 1. in Verr. cap. 47. lib. 2. de Finibus cap. 17., & 18., Valer. Max. lib. 4. cap. 2. num. 7. Quintil. Declam. 325., Senec. lib. 3. Controv. 16. Plin. lib. Epist. 79.*

(5) *Naturalis obligatio sua habet vincula pietatem, pudorem, æquitatem Leg. Si Fidejussor. ff. de condict. indeb. Chiflet. de Jur. Fideicom. lib. 2. cap. 2.*

tur temere, & inconſulto recepta jura Teſtamentorum, quæ ut obnoxia ſolemni formæ, & complexa hactenus Succeſſionem planè univerſam, aut ſtatim exoleviſſent, aut deſciviſſent prorsùs a ſemetipſis, ea inita ratio eſt, qua providè conſtituto diſcrimine inter directa, & obliqua verba (1), ſeu, quod idem perindè eſt, inter Civilia, ac precaria tantum, non obducta quidem figmento Juris, ſed petita ex intrinſeca rei vi, & altera propria Teſtamentorum, Fideicommiſſis altera conſona, maneret utriuſque integrum cum natura priſtina ſtatum robur: In quo ſanè mirari ſubit junctam doctrinæ, ac prudentiæ parem Juris Conſultorum illius ævi dexteritatem, & perſpicaciam. Ex eo proceſſit, Fideicommiſſa non præcipiendi modo, id quod nec verbo, nec rei convenit, neque ad inſtar dicendæ Legis, quod jure XII. Tabularum Teſtamento dumtaxat ſolemne fuit, ſed concipienda precatio eſſe, ac mandari poſſe tum Teſtamento, tum ſeorſim etiam ab eo inſtitui, ita tamen, eaque norma, ac cenſura Juris, qua ne in Leges committeretur, neve Teſtamenti cauſa, ex univerſa, ut antea erat, partiaria fieret, nec deinceps teſtati ſimul, & inteſtati, quod pro monſtro fuit, hodieque eſt, impune decedere homines poſſent, ad Teſtamentum confluerent omnia, ex eoque heres dominium rerum univerſarum nanciſceretur utique, ſed ea lege, ut vel invitus, & ægreferens quicquid commiſſum ſuæ fidei fuerat, reſtituere alteri teneretur, adeoque dominium miniſterio juris ad ſe delatum, traditione transferret in accipientem, quem Teſtator noluiſſet heredem, aut Legatarium, ſed advocaſſet extrinſecus in conſortium rerum ſuarum.

Ita.

(1) *Ulpian. in Fragm. de Fideic. in princ.*: Fideicommiſſum eſt, quod non Civilibus verbis, ſed precative relinquitur, nec ex rigore Juris Civilis relinquitur, ſed ex voluntate datur relinquentis. *Vid. Caji Inſtit. lib. 2. tit. 7. Paul. Recept. Sent. lib* 4. *tit.* 1.

Ita res ergo transacta est, ut legi simul, ac voluntati consuleretur, quæque prius collidebantur ad invicem, convenirent, & altera alteri ferret opem. Atque ut voluntati, quæ in humanis actibus dominatur, sua ratio esset, & quidem potior, qua tamen incolumi Lege licuit, consulto etiam receptum est, nedum Testamento, sed extra quoque, rogari scriptum heredem posse, ac posse insuper ab intestato legitimum, cui æque ac scripto, seu nuncupato, incumberet onus restituendi, quod fidei eorum committeretur, in isto quoque servata regula prisci juris, ne Successio scinderetur in partes, sed tam testata, quàm intestata, tum universè procederet, totamque Familiam complecteretur, tum per se tantum constare posset, nec altera alterius concursum pati. (1)

Nec diù post, nisi etiam sub ipsa cunabula rei obtinuit, ut voluntati Lex indè mitior, & indulgentior, aliquanto latius obsequeretur, ac Fideicommissi favor ità perrexerit propagari, ut spretis apicibus, ac rigore, quo rei discrimen in verbis aderat, hæc inflecti subindè cœperint, ac relicta extra Testamentum per modum quoque dicendæ Legis, directo quidem, intercedente ratione juris, non deberentur, sed ea etiam deberi cœperint jure obliquo, & ab herede, perinde ac si Fideicommisso oneratus esset expressis verbis; ex bono, & æquo restitui, undè videntur mihi in errore versari, qui id invectum non antea putant, quam Legata, ac Fideicommissa tandem æquaverit Justinianus, eodemque Jure censeri jusserit.

Præterquamquod enìm palam liquet, id longè antiquius obtinuisse, nulla tum causa, tum ratio suppetit, cur

(1) *Cajus Instit. tit. de Fideic. §. 8. Ulp. ibid. §. 4. & seq.*

cur Fideicommiſſis in neceſſitatem legis vix ire juſſis, ea non acceſſerit, quoque vis, qua non adjecta, ſatis adhuc infirma, ac fluxa, ex juris apicibus, verborumque cortice ea manſiſſent; ac ſæpe voluntas, cui erat in animo plene conſuli, ceſſiſſet in irritum oſcitantius, quam ulla adigente neceſſitate tuendi juris Teſtamentorum, quod quantumvis inflecterentur directo quoque prolata verba, nihiloſeciùs omninò integrum perſtitiſſet.

Accedit vis quoque indita Codicillis, quorum origo, vix, ac ne vix quidem ſejungi poteſt a Fideicommiſſorum origine, & incrementis, quibus utraque diſponendi ratio coaluit, & ad juris neceſſitatem producta eſt, Triboniani (1), ac Theophili (2) id verba adſtruunt, eòque magis res ipſa evincit, nec potuiſſe aliam iniri viam, nec fuiſſe initam, niſi hanc unam, qua ſoſpite jure Teſtamentorum, voluntas quoque ſeorſim pandita ſoſpes eſſet.

Neminem latet, ab ipſo exordio Codicillorum, quos quum jampridem Romæ condidiſſet Teſtamentum in Africa ſcripſerat Lucius Lentulus, quique primi impulere Auguſtum, tum ad gerendum Lentulo morem, tum ad impertiendum his quoque robur obligationis, repetenda etiam primordia eſſe adjectarum virium Fideicommiſſis, ab Auguſto præſtitis bona fide, ejuſque juſſu auctoritate Conſulum accedente, mox abeuntibus in vim Legis, quouſque haud ita multo poſt in aſſiduam juriſdictionem, ſed *extra ordinem* conceſſere, ita ſcilicet, ut cognitio de Fideicommiſſis, quæ in ſingulis negotiis, aut quotannis mandari hactenus inſtituerat, perpetua eſſet; & Conſules quidem de univerſis vi Magiſtratus

 juſ-

(1) *Inſt. tit. de Fideic. hered. §. 1. & de Codicill. in pr.* Sed primus L. Lentulus, ex cujus perſona etiam Fideicommiſſa cœperunt Codicillos introduxit.

(2) *Ibid.*

jusdicerent, ſed non uſitato Judiciorum ordine, nulla nimirum actionis formula, nullo Judice ex iis dato, verum extraordinaria perſecutione, ut Teſtis in primis Ulpianus (1) eſt, peterentur.

Ac licet conſtituerit ſubinde Claudius, (2) ſeu Prætores in Urbe duos, (3) qui de Fideicommiſſis cognoſcerent, ſeu creaverit unum (4) tantum, ut vero propius videri poteſt; in Provinciis autem juridicundo præeſſe juſſerit Poteſtates adeoque Præſides, (5) ac Proconſules; ubique tamen extraordinaria cognitio manſit, ac juriſdictione Prætoria invecta, ea Conſularis proinde evanuit, ſed ita utraque in mores abiit, atque explicita plerumque eſt, ut de minori ſumma Prætores, de majori Conſules Jus dicerent, (6) id quod nullo modo propterea potuit, haud æque eſſe commune, ac proprium tum Fideicommiſſis, tum Codicillis Teſtamento non confirmatis.

Ac profecto quantumvis confirmaſſe dicatur Lentulus, quos Auguſto, Filiæque ſcripſit Codicillos; neuter tamen a ſe legata, qua vere, ac proprie Legata ſunt, ſalvo jure Teſtamentorum, præſtare potuit, quia poterant quidem directis verbis concepta eſſe, ut conjicitur ea fuiſſe, quæ Filia ſolvit; at non ideo, infirmis adhuc Codicillis, ac Civili obligatione carentibus, quo tempore primum executioni mandati ſunt, directo jure valere poterant ea de cauſa, quod nullo modo Lentulo licuit quic-

(1) *In fragm. de Fideic. tit. 25. §. 12.*

(2) *Sveton. in Claud. cap. 23.*

(3) *Pompon. in L. 2. §. 32 ff. de orig. Jur. Heinecc. Rom. Antiq. lib. 2. tit. 23. n. 4.*

(4) *Conſtitutos fuiſſe duos ex Sveton. non ſatis conſtat vid. cl. Cyrill. Comment. Inſt. tit. de Fideic. hered. in pr. unius fit mentio apud Gruter. p. 393. n. 6. nec erat, cur Titus unum detraheret: Pompon. loc. cit.*

(5) *Ulpian. in fragm. lib. 25. §. 12.*

(6) *Ulpian. ibidem Quintilian. Inſtit. Orat. 3. 6. Cujac. Obſervat. lib. 21. cap. 34. Merill. obſ. lib. 6. cap. 36. Heinecc. l. c. Ever. Otto ad Inſtit. tit. de Fideic. hered. §. 2.*

quicquam legare extra Teſtamentum, quo ſolo legandi, ſuiſque rebus dicendæ Legis facultas aderat, ac proinde, quamvis præſtanda legata juſſerit, verbo tenus juſſiſſe conſtat, re autem rogaſſe, hortatumque eſſe, ideoque vel tum Legatæ in Fideicommiſſa converſa ſunt.

Idque exploratius ex eo fit, quod Tribonianus quoque diſerte ait, (1) Lentuli filiam perſolviſſe Legata jure non debita, non quia relicta perſonis eſſent per Leges capere prorſus vetitis, ut quorumdam eſt opinio, (2) quo caſu inutiliter monuiſſet, quod palam, perſpectum, certumque erat, ſed quia nec debebat, nec debere poterat, ut Legata, & ex diu recepto legandi jure, quo directis, & ad inſtar Legis prolatis verbis, ac Teſtamento tantum legare licuit, unde non unus Interpres notat, (3) ibi Legata, ut ex verbis erant, pro Fideicommiſſis, ut re fuere inconſulto poſita.

Accedit, non ipſa ſolum Ulpiani ætate, ſed longe antea, Legata *per omnia æquata eſſe Fideicommiſſis*, (4) ita nimirum, ut quod ſubtilitate, ac rigore Juris deberi non poterat ut Legatum, deberetur ut commiſſum hæredis fidei; Quumque tradiderit uſpiam nemo, quo primum tempore, & qua de cauſa id inoleverit, vel ex hoc ſatis ſuperque patet, ab ipſis initiis Fideicommiſſorum arceſſenda etiam initia eſſe, jam tum adſciti, ac recepti Juris, quo decedentis voluntas, ſi quis ejus tuendæ aditus patere umquam per leges poſſet, cuſtodiretur.

Nec minoris momenti eſt Sinchrona (5) certe, niſi

ve-

(1) *Inſt. tit. de Fideic. hered.* §. 1.

(2) *Vid. Doujat. ad Theophil. de Codicill. num.* 3.

(3) *Vinn. Inſt. tit. de Codicill. in prin.* Legata hic poſitum pro Fideicommiſſa = *Doujat loc. cit.* = nam verius eſt, indebita fuiſſe Legata, quod Codicillorum uſus nondum fuiſſet receptus.

(4) *Ulpian. lib.* 67. *ad Edict. leg.* 1. *ff. de Legat.* 1.

(5) *Idem lib.* 2. *ad Sabin. Leg. Similes* 3. *ff. de Teſtam. milit.*

vetuſtior Vulpiano [1] cautio, quam codicillarem Clauſulam vocant, & qua quæcumque directis verbis Teſtamento concepta eſſent, ea viderentur prolata obliquis, ut quæ jure eoque ſummo non conſtitiſſent, nec a Teſtatore ad hæredem ſcriptum transferri immediatè, ac directò poſſent, obliquè, ac per alterius organum tranſferrentur converſo Teſtamento in Codicillos, ſeu quod unum, idemque eſt, hereditatis delatæ cauſa, in cauſam ſequiorem Fideicommiſſi; quaſi rogatus fuiſſet heres ab Inteſtato, quem voluiſſet unicè heredem reſtituere hereditatem heredi ſcripto, exinde tamen Fideicommiſſario, non re heredi, quaſi ſcriptus dumtaxat eſſet nomine tenus.

Nec negocium, faceſſit Ulpianus [2] ipſe, ubi *Codicillis non confirmatis dari non poſſe Legatum*, inquit, ex quibus Interpretes vulgò arguunt, inutilia fuiſſe olim, quæ directo his Codicillis relinquerentur. Verùm niſi velimus parum ſibi conſtare Ulpianum, dicendum eſt, ibi de natura, ac proprietate Legati loqui, nec ideo conſequi, quod ut legatum dari non poterat, minime poſſe ut Fideicommiſſum, nec deberi tanquam precario datum, quod directo datum unicè erat, tum ad tuendam voluntatem Defuncti, in quo tota verſabatur ratio Fideicommiſſi, tum quia qui jubet, eo magis rogat, atque ita comparatus jubendo eſt, ut ſi res poſtulet, rogando etiam unicè velit, eadem fermè cenſura Juris Codicillaris clauſulæ propria, qua qui Teſtamento præcepit, rogaſſe etiam videtur. Atque in idem recidit etiam Cajus, [3] qui dum Legatum Codicillis non confirmatis valere negat

(1) *Paul. lib. 14. Reſp. Leg. 29. §. 1. ff. Qui teſt. fac. poſ. Scævol. lib. 3. Reſp. leg. 88. ff. de Legat. 2. Papinian. lib. 8. Reſp. Leg. 77. §. 23. ff. eod.*

(2) *In Fragm. de Fideic. lib. 25. §. 3.*

(3) *Inſtit. tit. 7. §. 8. de Fideicom.*

gat abire in Fideicommissum, nec præstandum ubique esse, quod præstari certè directo nequit.

Eoque minus videri potest, negotium facessere Plinii locus; (1) Ex eo enim adsumunt perperam tantum abesse, ut ætate Plinii in Fideicommissum converti possit, quod Codicillis non confirmatis relinqueretur ut potius esse tum explorati, tum certi Juris, hujusce generis Codicillos destitutos fuisse prorsus non minus directa, quam inflexa quoque, & obliqua vi.

Nam satis est animadvertisse, vel ipsos Lentuli Codicillos Fideicommissa complexos esse, eaque protinus constitisse, non modo mandata scriptis, aut nuncupata, sed simplici etiam relicta nutu; (2) ac proinde excogitari non posse videtur, qua de causa, ut statim auctore Augusto ad necessitatem Legis perducta sunt, vires quoque non exeruerint omnino seorsim a Testamento: Prætermitto enim quod *populare*, ac pergratum Civibus vix fuisset, si Fideicommissorum favor pendere vel minimum debuisset a stricto Jure Testamentorum, quibus satis superque erat, ne adversaretur; illud præterea est, quod non egregiam Jurisconsulti ejus ætatis navassent operam, si dum voluntati ita consuluerant, plerumque in irritum eam cedere voluissent.

Eo autem Plinii locus non est traducendus, quo non respexit. Provocat Plinius ad Codicillos Testamento non confirmatos, & ab Æliano conscriptos antequam conderet Testamentum, quibus certè nulla vis inerat ea ætate, ac praeunte denique Papiniano, ex Severi, & Antonini Rescripto diu post accessit. Constabant quidem Codicilli non confirmati vel ante Plinium, ut constitere peræque omnes ab ipso exordio, quia primordia Codicil-

 lo-

(1) *Lib. 2. Epist. 16.*

(2) *Ulp. Fragm. tit. 25. §. 3. de Fideic.*

lorum, Fideicommiſſorum quoque primordia ſunt. At enimvero ex conjectura voluntatis, eaque potiſſima infirmantur, ut ſtatim quis condito Teſtamento præcedentium Codicillorum non meminiſſet. Teſtamentum enim, ut ſæpe diximus, univerſam ſucceſſionem vi ſua complectitur, quique teſtatur eo cenſetur animo eſſe, ut univerſam quoque legem is ſibi dicat, extendatque arbitrium promiſcuè ad omnia, de quibus diſponere per Jus poteſt, niſi excipiat aliqua expreſſis verbis, eaque directè, vel indirectè ab hæreditate decerpat, aut ſi quæ decerpſerit in anteceſſum, rata rurſus apertis verbis, ac firma velit, atque uno verbo, quod Codicillis antea reliquerat, teſtamento ſubinde condito comprobet, palamque oſtendat, in eadem ſe voluntate, cæteroquin ancipiti perſtitiſse mutuato exemplo, ductaque regula a Teſtamentis, quorum poſterius indiſtinctè priori derogat; & ita derogat ut nemo legem ſibi dicere poſſit non recedendi a voluntate, ne immutato conſilio animi, ut ſæpè fit, pro voluntate poſtrema obrepat, quæ non poſtrema voluntas eſt, nec amplius voluntas, ut antea fuit. (1)

At non ideo, quod Jure etiam eoque veteri Pandectarum Legata paſſim voluntatis tuendæ cauſa inflectebantur, dirigi umquam Fideicommiſſa tunc potuere, aut Jure novo directa ſunt. Ratio diſcriminis per ſe patet: nam præterquamquod Legata a Lege præcipuè ſunt, Fideicommiſſa ſunt a natura, nec ideo facilè inverti poſſunt tum quia qui rogat, certe non jubet, ut contra qui jubet, is quoque rogat, tum quia qui legat, non ejus a quo legat, implorat opem, implorat autem & eo quaſi Inſtrumento utitur, qui ſua committit alienæ fidei, explo-

(1) *Franciſc. Balduin. ad Inſt. tit. de Codicill. Ducren. Diſput. Anniverſ. lib. 2. cap. 42. Binkersboec obſ. lib. 8. cap. 13*

ploratiſſimum illud eſt, abhorrere a Juris æconomia, ejuſque principiis, ac fundamentis, quæ affabre olim excogitata, & quaſi per manus in dies tradita hodiedum vigent, ac perſeverant, ut quis pro parte teſtatus, pro parte verò inteſtatus abeat; (1) utque hæreditas, ſeu veniat ab homine, ſeu a lege partiaria ſit, delibeturque, niſi juſta voluntatis noſtræ ſententia, ſeu quod idem eſt, Teſtamento.

Poterant quidem ſequiores Leges quæcumque Legata, ac Fideicommiſſa, ita ad invicem coæquare, ut in unum penitus coaleſcerent, quod tamen pertinet ad effectus, non ad naturam; ſed ſalvis principiis mox recenſitis, certè non poterant.

Satis conſtat Legata Fideicommiſſis, ac Fideicommiſſa Legatis Juſtinianum directè æquaſſe, (2) ſed conſtat etiam æquaſſe tantum, non confudiſſe, ut confudit ad invicem Trebellianum, & Pegaſianum, & altero exploſo, retento altero ex duobus, ut erant, conflavit unum. Contra monet, ac ſæpè inculcat nec cum pluribus Teſtamentis, nec teſtatum, inteſtatumve decedere quemquam pro parte poſſe. Age vero; Fideicommittat, aut leget aliquis, ſeu Codicillis ab inteſtato, ſeu Teſtamento non confirmatis. Neutro caſu, poſt æquationem quoque Juſtinianeum directo Jure valere poteſt, id quod relinquitur; niſi enim Legata inflexa ſerves Fideicommiſſa, alterutrum conſequatur oportet, aut aperte peccari in Jus, & obtinentes jamdiu Leges temere everti, aut Juſtinianum dum ea æquavit, ſanxiſſe etiam oſcitantiſſime hereditatem, ſeu ſit ab homine, ſeu a lege, partiariam eſſe, nec deferri ſolum, qua Codicillis, qua ab inteſtato, ſed qua etiam Codicillis, qua Teſtamento, utriſ-

(1) *Leg. 7. ff. de regul. Jur.*

(2) *Leg. 2. Cod. commun. de Legat.*

utrisque exerentibus vim directam, ac propterea æquato prorsus utroque actu, consequitur absurdum, posse nempè decedi testatum simul, & intestatum. Ac si quis regerere velit, Codicillos quoque post Justinianum, Testamentorum ad instar esse, is fateatur necesse est concurrentibus Testamento, & Codicillis non confirmatis, seu factis unicè ad Testamentum tuto decedi ex utroque actu, quorum uterque si est idem actus, & alter alteri, omninò par, aut cum pluribus Causis inter se variis decedi poterit, aut Codicilli, qui subsequantur, tum collidentur ad invicem, ac postremis unicè vis manebit, tum Testamentum quoque præcedens omninò evertent, ex quo patet, ni fallor, non accurate cogitasse eos, qui dixerunt exolevisse discrimen inter directa, & obliqua verba quasi absolescere umquam potuerit salvo jure Testamentorum.

Scio interpretibus quoque majorum Gentium sedisse animo jamdiu Sententiam, fere omnium calculo comprobatam, sed nec in trutina positam, ut par erat, plenæ perfectæque æquationis inter utrumque relicti genus, de Jure veteri longe impar. Scio Justinianum rei etiam vindicationem Fideicommissis accommodasse, (1) quod indicium est sublati discriminis cujuscumque ac ea actione Fideicommissis semel concessa rei dominium sine heredis traditione, & ministerio juris recta ad Fideicommissarium transire; Siquidem realis actionis vis, ac natura est, ut præsupponat Actori inesse, non Jus ad rem, sed in re, seu rem acquisitam vigore Juris, non traditionis ope acquirendam, adeoque Fideicommissa post Justinianum, esse acquirendi dominii modos, seu causam proximam, non vero titulos, ac remotam, ut diu fuere. Ve-

(1) *Leg. 1. Cod. commun. de Legat.*

Verum non me latet etiam, ſi indiſcriminatim ea vera ſunt, aut parum ſibi inconſtantem Principem conſtitiſſe, aut mox oblitum omninò eſſe ſuæ pariationis; redit enim non diu poſt in una, & altera rerum ſpecie ad diſcrimen vetus; ac Legata directas unicè vires, Fideicommiſſa exercere obliquas ait, quibus conciliandis, ut planè expedit, mire torquentur ingenia Interpretum acutiorum, quod profecto non eveniſſet ſi maturius rem perpendiſſent. Nec indiſtincte, altera eſſe alteris exæquata, neque id ullo modo fieri potuiſſe, voluntate incolumi, & ſalvo Jure. Nam quod voluntatem ſpectat: Qui ſervi ſui libertatem Teſtamento commiſerat fidei heredis (1), is eo erat effectus animo, ut manumitti non a ſe vellet, ſed ab herede, nec ut Orcinus (2), & Charonita (3), ſed ut heredis libertus eſſet. Quique etiam ex noſtris moribus per Fideicommiſſum datus eſt Filiis a Patre Tutor, is ſane Tutor Teſtamentarius ideo non eſt, & confirmetur proindè oportet a Magiſtratu, quia Pater dari, non dare voluit, nec abſoluto ſuo Jure uti, ac Teſtamento dicere legem Familiæ ſuæ, ut ei per Leges, Teſtamento, non ultra licuit.

Ad jus, quod attinet, quidquid Teſtamento dumtaxat, aut Codicillis eo confirmatis, committitur heredis fidei, id tuto haberi perinde poteſt, ac ſi legetur, nullo tunc intercedente inter Civilia, ac precaria verba diſcrimine; At vero Romani Juris œconomia convellatur neceſſe eſt, ſi codicillis quoque non confirmatis, ſive alio quocumque modo nuncupatæ verbis, aut nutu panditæ voluntati, quæ non prodierit Teſtamento, nec in ſpeciem ini-

(1) *Inſtit. tit. §. 2. de ſingular. reb. per fideic. relict.*

(2) *Ead. de cauſa, qua Sueton. Orcinos Senat. vocat. in Auguſt. cap. 35. & a Plutarc. in M. Ant. Charonitaſæ dicuntur.*

(3) *Ita appellat Theophil. hunc libertum, & Cujac. Acheronticum.*

initæ Conventionis, quam mortis causa Donatio exhibet, tribuamus perperam vim directam, ac transferentem per se dominium, nulla adhibita alterius ope, qua transferatur. Quæcumque igitur Testamento obliquis verbis, nempe rogando, Testator exprimat, ea non secus ac si directis expressa essent, Justinianus haberi voluit, ut æquè voluit directo expressa, expressa etiam censeri oblique, & utriusque relicti genus eodem Jure metiendum esse. Cetera vagantia extra Testamentum, quæ licet directis prolata verbis, fieri numquam omninò potest ut non inflectantur, nec voluisse constat, nec potuisse, nisi perturbato, ac susdeque verso præcipuo Jure, quo & modo utimur.

Atque ita rem prorsus esse transactam, non tam conjicitur, quam evincitur, ex apertissimis Justiniani verbis, verborumque justo, ac germano sensu. Is *Testatoris* perpetuò meminit (1), ab eoque supponit, quoque perpetuo, sive civilia proferri verba, sive precaria. Meminit insuper Legatorum, quæ propria unius sunt Testamenti. Codicillorum contra, aut alterius cujusvis actus in mortis causam, nec vestigium uspiam, nec vola adest. Sciunt autem, ac probè norunt omnes *Testatorem* perpetuò intelligi, ac verè esse, qui Testamentum scribit, aut nuncupat, non qui conficit Codicillos: testari enim perinde est, ac solemni ritu, justeque pandere voluntatem, Codicillos verò facere est promere quidem Sententiam animi, sed insuper habitis, ac neglectis, quæ requiruntur ad rite contestandum id, quod sentimus.

Eodemque modo Imperator rem orditur, & planè conficit, dum consulit quoque Fideicommissariis actione in rem, dilucidè ostendens realem actionem se accomodaf-

(1) *d. Leg. 2. C. commun. de Legat.*

dasse [1], non quibuscumque Fideicommissis, sed quibus per leges unicè licuit, adeoque solis Testamentariis tamquam exortis ab eo actu, cui soli vis, & facultas inest transferendi dominii in alterum recta via, ac ministerio Iuris, quæque impediebat omnino nihil, quominus ex inflexis, at antea erat dirigerentur, una semper, & universa hereditatis causa manente, quæ extra Testamentum, aut legitimam Successionem non vagaretur.

Imposita heredi necessitate restituendi (ut eo unde digressa paulisper est referat se oratio) quidquid in dies committeretur ipsius fidei, nec diu res perstitit, ut par erat, nec uno, & altero vitio caruit, atque eo demum deducta est, quo præsenti remedio indigeret. Denuò sub ipsis jam fermè initiis cœperunt gliscere antiquæ, & novæ etiam irrepere fraudes, quibus leges eluderentur, id quod impune, adhuc infirmis Fideicommissis jamdiu abierat. Qui enim verebantur capere ex Testamento, ut Peregrini, & ex Lege Voconia Fæminæ, ex Papia Cælibes, Orbi, & alii, his cavebat sæpè Testator, ut restitueret heres hereditatem, aut ejus partem, cui mox invectæ licentiæ injecerat quidem Lex Papia frænum, sed non obviam itum omninò est, nisi Senatus Consulto Planciano, [2] quo amplissimus ordo censuit, Fideicommissa, quæ quoquo modo suboluisset, in fraudem legis deinde fieri, irrita esse. Initum tamen discrimen est inter ea, quæ palam Testamento conscriberentur, & quæ seorsim; remotis Arbitris, seu domestica cautione, aut Chirographo, ut moris erat. [3] Altera enim pro non scriptis haberi placuit, adeoque adcrescere heredi scri-

(1) *d. Leg. 1. eod. tit.*
(2) *Modestin. Leg. 59. §. 1. ff. ad Leg. Falcid.*
(3) *Leg. 3. ff. de Jur. Fisc.*

ſcripto, tum quia heres eo caſu inſcius, ſi qua fraus obrepiſſet clanculum Teſtamento, ejus non poterat eſſe particeps; tum quia agere non videatur in fraudem, qui palam, nulliſque technis obductis agit. Altera verò caduca facta, cedebant Fiſco; (1) Et ideo in Jure Fideicommiſſa tacita nuncupantur, quod heres in fraudem Legis Teſtatori fidem accommodaret, plerumque tacitam, ac ſecretam.

Invehi tamen, propagarique alter abuſus cœperat in dies, eo deterior, quo ſub obtutu veterum legum prætexebatur. Ex Lege XII. Tabularum, Paterfamilias uti legaſſet, ita jus erat. Adeo effrænem legandi modum, quo Teſtamenta deſtituebantur, compeſcuit primum Voconia Lex, deinde Furia, demum Falcidia, quæ tamen omnes quum latæ fuerint, antequam pondus Civilis Juris Fideicommiſſis adjiceretur, e re eſſe non videbatur iiſdem Legibus ea ſubjici, adeoque ſeu putarent, qui teſtabantur, ſuo Jure uti, dum committebant heredi univerſam hereditatem ex fide reſtituendam, ſeu declinarent eo conſilio legata, quo Falcidiam impunè eluderent, denuò ratio Teſtamentorum periclitari perindè cœpit, ac in diſcrimen haud ita pridem adducta fuerat ex jam cohibita intra ſuos fines licentia priſtina Legatorum, ſcriptis heredibus recuſantibus adire obnoxias Fideicommiſſis hereditates, tum quia ceſſuræ in alterius lucrum omninò erant, ac nihil reliqui, præter onus ex iis capere ſibi poterant, tum ex ea longe potiori cauſa, quod adeuntes, reſtituto etiam integro aſſe; nihiloſecius, ſi quod aut aderat æs alienum, aut emerſiſſet, per ſe dimittere cogebantur, quia aditio non ſecus erat, ac obligatio perſonæ hærens, a qua divelli,

nec

(1) *Leg. 10. ff. de his, quæ ut indign. Leg. prima C. de Delat.*

nec in Fideicommiſsarium tranſire poterat ex ea veteri Juris regula, quod ſemel heres, numquam deſineret heres eſse. (1)

Principio Fiduciarii ſuæ ſtudentes indemnitati, cavebant ſibi privato Jure, Fideicommiſsariis per umbram hereditate vendita nummo uno, atque interpoſitis per fictionem ſtipulationibus emptæ, & venditæ hæreditatis, qua veluti imagine legitimè initæ Conventionis (2) in Emptorem cum hereditate tranſirent actiones utiles, remanentibus dumtaxat apud heredem directis, ſed nullo periculi, aut damni metu, ne parum tuta ſua fides eſſet, contra ipſam fidem, cui nihil penitus erat reliquum, præter inane heredis nomen. (3)

Acceſſit Cautioni privatæ remedium publicum, quo Nerone imperante, Senatus iterum cenſuit reſtituta, ex Fideicommiſſi Cauſa, hereditate, actiones omnes, quæ Jure Civili heredi, & in heredem perpetuo dantur Fideicommiſsario, & in Fideicommiſsarium, quacumque impoſterum ſtipulatione poſthabita, dandas eſse, *utiles*, (4) tamen, ut continuò Prætor utiles dedit, & a directis continuo abſtinuit, ne ratio Juris ſubverteretur.

At enimvero remedium, malo adhuc impar allatum eſt: Trebellianum (5) enim ita a Trebellio Conſule dictum, damno dumtaxat, non lucro heredum proſpexit, quæ Cauſa fuit, cur quaſi appendix, ejuſque acceſſio, prodierit proſtmodum Pegaſianum, (6) quo

ſub

(1) *L. 88. ff. de hered. inſt. Leg. 7. §. 10. ff. de minor.*

(2) *Theophil. Inſt. tit. de Fideic. §. 3. Leg. 37. ff. de Pecul. L. 21. ff. de hered. vel act. vend.*

(3) *L. 1. §. 2. ff. ad S. C. Trebell.*

(4) *Inſtit. tit. de Fideic. hered. §. 4.*

(5) *De eo vid. Rad. Forner. L. 2. rer. quotid. cap. 18. Ryck ad Tacit. lib. 14. Annal. cap. 46. Ant. Auguſtin. de nom. prop. Lipſ. in vit. Secce. cap. 4.*

(6) *Pegaſi nomen meminit etiam Pompon. Leg. 2. §. 25. ff. de Orig. Jur. Fuit Præfectus Urbi ſub Veſpaſiano Juvenal Sat. 4. verſ. 76. ubi Scholiaſt. Pegaſianum Jus ab eo deſcendere ait Menag. Amœnit. Jur. cap. 17. Guil. Grot. vit. Juriſcon. lib. 2. cap. 2. §. 9.*

ſub illecebra certi lucri facilius heres alliceretur ad adeundum. Falcidia ergo, quæ pertinuerat hactenus ad Legata, ad Fideicommiſſa quoque producta eſt, (1) ex iis æque deducta quarta favore heredis, niſi ea ex Teſtamento ſupereſſet heredi; quæ portio aſſis, ad inſtar quidem Falcidiæ obtinuit, ſed ſibi proprium adſciviſſe nomen videri poteſt, nec dici inconditè Pegaſiana ab Auctore ſuo; quamvis rebus poſtea mutatis, Tribonianus fortaſſe expunxerit vetus nomen, quod nuſpiam legitur in Pandectis; quicquid ſenſerint contra (2) alii, quibus præconcepta ſedit opinio nullius initi nunc diſcriminis inter Falcidiam, & Pegaſianam, quæ duæ portiones ſi cenſerentur diverſo nomine, longè facilius argueretur, re quoque, & effectu inter ſe differre quod nunc non diſputo: Abſtineo etiam a diſputatione, an ex Pegaſiano imputarentur quæcumque heres, vel Conditionis implendæ Cauſa, vel jure etiam Legati caperet, in Falcidiam verò quæ percepiſſet jure dumtaxat hereditario, ut eſt vero propius, & meo etiam judicio verius. (3)

Eoque magis ex Triboniani verbis conjici poteſt, Pegaſianum ad ſingularia quoque Fideicommiſſa primum omnium produxiſſe rationem Falcidiæ legis. Verum ſi aliquanto diligentius rem perſcrutemur revocari in dubium vix poſſe arbitror, quin diu ante ex interpretatione Prudentum id obtinuerit, ſecus enim facile, ac paſſim obrepere potuiſſet Falcidiæ fraus, onerata ſupra modum legis, atque exhauſta etiam Fideicommiſſis hereditate: De eo ambigi contra nequit, Ius Pegaſianum, quum

(1) *Leg. 18. ff. ad Leg. Falcid.*

(2) *Cujac. obſervat. lib. 8. cap. 4. vid. H tom. obſ. 24. Fabr. 6. Conject. 3. 4. & 5. Vall. lib. ſing. ad Leg 91. & ad Leg. 24. C. Famil. Erciſc.*

(3) *Ex diverſitate formulæ Falcidiæ, & Pegaſiani Leg. 1. ff. ad Leg. Falcid. Paul. recept. ſent. lib. 4. tit. 2. & 3.*

quum ab initio ſola Fideicommiſſi Teſtamentaria complecteretur, poſtea Reſcripto Antonini Pii ad ea etiam, quæ ab inteſtato, Severi Conſtitutione ad donationes mortis cauſa fuiſse productum. (1)

Perſpectum inſuper illud eſt ad Fideicommiſsa pertinuiſse Senatus Conſultum quoque *Apronianum*, quod effugiſse miror Gravinæ ſedulam diligentiam. Non adſentior Cujacio (2), qui illud ad Marci Aurelii tempora differt. Latius quidem ſub eo Principe eſt prorogatum, ſed nullus dubito quin imperante Hadriano prodierit. (3) Quæcumque univerſitas capiendi incapax diu fuit (4), tum quia perſonæ, quæ in cœtum aliquem coaluerant, cenſebantur ex eo incertæ, quod haud facile ſingulæ per ſe poſſent obverſari animo Teſtatoris, certuſque heres, & judicio certo inſtituendus de jure erat, nec legari, aut Fideicommiſſo relinqui, niſi certæ perſonæ poterat, tum quia cernenda hereditas fuerat, nec legitimum Cretionis actum Univerſitati explere licebat (5). Senatus ergo, Apronio Conſule juſſit, Fideicommiſsariam hereditatem Municipia quoque capere poſse, ac deinde reliquas Civitates, quæque coiſsent in corpus licitum, Collegia, & Cœtus promiſcuè omnes, quibus haud ita multo poſt, non minus ritè poſse legari, quam hereditatem directo etiam deferri placuit.

Ceterum inter Trebellianum, & Pegaſianum adeo ingens diſcrimen aderat, ut quum conciliari ad invicem non poſsent, atque alterum dirigi alterius ope, res quodammodo rediiſse ad priora incommoda videretur.

Reſtitutæ hereditatis ex Trebelliano effectus quidem continuò erat, ut in Fideicommiſsarium tranſirent actiones:

(1) *d. Leg. 17. ff. ad leg. Facid.*
(2) *Ad Ulpian. Frag. 22. 5.*
(3) *Sculting. eod. P. Ant. Auguſtin. de Legib. & S. C. L. 20. ff. de reb. dub. L. 1. §. 1. ff. de Libert. univerſ.*
(4) *Ulp. Frag. 22. 5.*
(5) *Ulp. eod. L. Plin. lib. 5. Epiſt. 7.*

nes omnes, comparatæ heredi, vel in heredem, ac Fiduciarius tueri ſe exceptione poſset adverſus Creditores hereditatis, qua ſe tueri perinde poterat Fideicommiſsarius adverſus heredem, qui Debitores actione directa, adhuc ipſi ſuperſtite, conveniſset, ſiquæ in fraudem Trebelliani, quid exegiſset a Debitoribus, Fideicommiſsario comparata in eum fuerat actio utilis ad repetendum, quod is exegerat, per apices quidem retenti juris, ſed uris umbratilis, & inanis. Sed ſi hereditas reſtituta eſſet ex Pegaſiano; ac propterea heres ſibi retinuiſset ex eo quadrantem, tunc quaſi ſatis ſuperque eſset ejus portionemolumentum, ceſsante penitus Trebelliano, quæcumique onera ipſe ſubibat, nullaque actio in Fideicommiſsarium transferebatur ex ea ratione, quod Trebelliano locus eſse non poterat, niſi heres reſtituiſset hereditatem eo prorſus modo, quo a Teſtatore rogatus fuerat, ut non reſtituebat, retenta quarta, ac fortaſse Jure XII. Tabularum id ſuadente, ex quò nomina hereditaria ſolus heres perſequebatur, ſoluſque actiones quæcumque eſſent aut exercebat, aut excipiebat.

Rurſus igitur Fiduciarius, qui reſtituere rogatus univerſam hereditatem ex ea deducere quartam vellet, cavere ſibi conſulto debuit, ſtipulationibus interpoſitis, quas *partis*, & *pro parte* vocabantur, (1) quæque jampridem Legatorum Cauſa invectæ, Lege Falcidia ſubindè lata, pene exoleverant, ne ex quo heres arbitrabatur captare lucrum, imprudens conſciſceret ſibi damnum.

Satis conſtat, poſſe legari univerſitatem, nimirum non ſingula ſolum bona, ſed partem etiam hereditatis, puta dimidiam, aut quamvis alteram, quæ Legati ſpecies

(1) *Inſtit. tit. de Fideic. hered. §. 6.*, *Paul. 4. Sent. 3. in princ. Ulp. in Frag. tit. 25. §. 15.*

cies *Partitio*; (1) Legatarius verò ex eo *Partitiarius* est appellatus, quod partiebatur hereditatem, cum ipso herede. Is tamen quum non sit successor Juris, ut erat heres nullis actionibus hereditariis obstringebatur; sed partem assis sibi legatam sine ullo incommodo, ulloque metu capiebat, quodcumque fuisset legati genus, ut erant olim inter se varia: (2) Inter hunc igitur, & heredem, qui indemnitati cavebat suæ consueverant interponi stipulationes de lucro, & damno communicando, antequam tamen adiret, tum ne ei detrimento esset aditio præpropera, & inconsulta, tum ut Legatarius, vel invitus adigeretur ad stipulandum, ne si recusasset adire heres, Legatum penitus evanesceret.

Hinc ad instar ejus heredis, a quo universitas legebatur, cœpit etiam sibi cavere, qui retinere falcidiam vellet ex Pegasiano iisdem *partis*, & *pro parte* stipulationibus interjectis, (3) quibus lucrum, & damnum quodcumque aderat, aut forte emergere potuisset, æque inter eos commune fieret, pro rata tamen cujusque, Fiduciario scilicet ex quadrante, & ex dodrante Fideicommissario.

Verum præter potissimum hoc discrimen, ex quo utrumque Senatus Consultum committebatur magis, quam differebat, unde videbantur elidi ad invicem, consectaria etiam quamplura aderant. Heres enim ex Trebelliano non poterat adigi ad adeundum, (4) ut adigebatur jussu Prætoris ex Pegasiano, quo casu retinere non poterat sibi quartam, sed universam restituebat heredi-

C

(1) *Partitionum meminit etiam Cic. lib. 2. de Legib. cap. 20. vid. Ulp. Frag. lib. 24. §. 25. Leg. 76. §. 1. Leg. 8. §. ultim. ff. de Legat. 2. leg. 104. §. ultim. ff. de leg. 1.*

(2) *Cujus Inst. lib. 2. tit. 5. & 7.*

(3) *Paul. Recept. Sent. lib. 4. tit. 3. Contius lib. 2. sub. cap. 12.*

(4) *L. 1. §. 5. ff. Si plusquam &c. L. 68. ff. ad Senat. Consult. Trebell. Cujac. lib. 8. obser. cap. 5.*

reditatem, nullo tamen apud eum manente, aut damno, aut periculo alieni æris.

Trebelliano insuper erat locus, siquando etiam scriptus heres rogatus esset, non ultra dodrantem restituere. Pegasiano autem dumtaxat, si plus, aut solidum quoque assem: atque ex illo indebitum errore facti solutum repetebatur, ex hoc non item.

Utrique ad tollendos utriusque anfractus, Iustinianus admovit manum, stipulationibus quibuscumque sublatis, & exploso penitus Pegasiano, cujus vires in Trebellianum, ut altero antiquius, propterea transtulit, atque ex duobus conflavit unum; quæ causa est, cur nulla incidat in Pandectis Pegasiani Iuris, Triboniani opera ubique expuncti, prodita mentio. Nullibi extat ea Constitutio, sed aliundè conjici tuto potest, (1) tria in primis continuisse; Alterum, ut heredi quarra pars nullo discrimine, salva esset, seu ex voluntate decedentis, seu Trebelliani præsidio. Alterum, ut in Fideicommissarium quæcumque onera transferrentur, pro rata tamen, ac ratione habita proportionis: Postremum verò, ut Fiduciarius deinceps etiam Compelli posset ad adeundum, quod tamen in Fideicommissariis hereditatibus Testamento delatis, non in singularibus Fideicommissis, eoque minus in Legatis, perspicuè obtinet; Adeoque vel ex hoc patet, æquationem Iustinianeam noc processisse in omnibus, nec indistinctè.

Impulere præceteris Iustinianum veteres illæ stipulationes, Papiniano etiam captiosæ vitæ, ferendis nimirum tricis, & alterutrius periculo, ac damno obnoxiæ, non per seipsas, sed ex eventu. Res enim deduci eo facile poterat, quo saltem in irritum sæpè cederent. Subolue-

(1) *Constit.* 2. *Cod. de Vet. Jur. Enucl.*

oluerat etiam id Modeſtino, qui aliam propterea viam, qua heres precavere ſibi facilius poſſet per ευρημάτικων (1) præſtituerat; cui tameu Imperator, Papiniani ſecutus mentem, prætulit alteram (2) præcidentem prorſus captionum Cauſam.

Operæ pretium is certè fecit, feciſſetque arbitror, longè majus, ſi explodendis priſcis ambagibus conſtitiſſet, ſed ut proclivior ad leges condendas erat quamplura adjecit, quæ e re haud fuiſse Viri emunctæ naris judicarunt.

Illud non moror, ut a veteribus quoque traditum, nimirum, diſtinguendum etiam ex eo eſse inter diverſas capiendi Cauſas, ex quibus conjici tuto poſſit, an heredi actiones pro parte maneant, an verò in ſolidum transferantur. Siquidem reſtituere rogatus. cui quarta portio prælegata, ſeu quovis alio modo ſalva ſit Trebellianicam deducere non poteſt, quia eam Fiduciarius ex voluntate Teſtatoris integram habet, ſed transferuntur actiones omnes in Fideicommiſsarium, cui reſtituitur, ac transferuntur ex ea Cauſa, quod ipſe ſolus hereditate recepta, ſit loco heredis. Fiduciarius autem cui ex hereditario jure nihil reliqui prorſus manet, licet reipſa ſit ſolus heres, Legatarii locum, vicemque ſubeat; (3) Id quod Iuri quidem apprimè convenit; ac Pegaſiano adhuc vigente intererat, ut ſervaretur, eo verò ſublato, obtinet quidem per Iuris apices, ſed alicujus uſus vix eſse poteſt.

In eo conſiſto; nullum olim ſuperfuiſſe remedium, quo fraudulento heredi, ac remotis Arbitris onerato, Fideicommiſſum extorqueretur (4), quamquam Judicis par-

 tes

(1) *L. 45. ff. ad Conſult. Trebell. Brenkman. ad Modeſtin.*

(2) *Conſt. de confirm. Digeſt* §. 3.

(3) *Inſtit. tit. de Fideic. hered.* §. 9.

(4) *Cic. lib. 2. de fin. cap.* 18.

tes erant ejus conſcientiam ſedulo excutere, ac perſcrutari. Juſtinianus ergo conſtituit (1), ut ſi Teſtator ab herede reliquerit, ſeu univerſale, ſeu ſingulare Fideicommiſſum, de quo neque ex quinque teſtium numero pro noviſſimis voluntatibus præter teſtamentum præſtituto, neque ullo alio præſente Teſte, nec ſcripto conſtet; ac recuſet heres implere fidem; Fideicommiſſarius, emiſso prius juramento calumniæ, deferre illud heredi poſſit, ſique jurare detrectet heres, omnino nihil a ſe relictum, aut fateatur quidem, ſed ita obtendat relictum eſse, ut nullo jure deberi conſtet, teneatur utroque caſu ſervare fidem, ne poſtrema decedentis voluntas irrita ſit.

Belle id quidem, ſed plura ſunt, quæ animadverti videntur poſse; Inprimis verò, neceſse eſt, ut decedens præſenti commiſerit, non abſenti. Si enim heredem abſentem fingimus fuiſse rogatum, omninò oportuit, aut per nuncium, aut per epiſtolam; quibus caſibus Conſtitutioni locus eſse nequit, aut enim adigeretur heres ad Jusjurandum, quod rei inſcius præſtare non poſset, aut compelleretur jurare alter, cui voluntas innotuiſset, & præterquamquod non ea mens Juſtiniani eſt, delaberemur in plura abſurda, quæ tutam ſternerent fraudi viam. Si cogeretur contra jurare heres, a quo Scriptura relictum fuerit, conſequeretur, fruſtra numerum quinque Teſtium adeſſe oportere Fideicommiſſis, propterea quod eo identidem deficiente, præſto eſset confugium ejuſmodi ſubſidiarium, quo Lex eludi, ac fraudari etiam impune poſset (2). Componere quidem ex allato diſcrimine hæc incompoſita tuto licet: ſed ab eo tradita abſque delectu componantur oportet, ac proinde nemo non videt, quam longè abſint à perſpicuitate, & ſimplicitate rei

(1) *L. fin. Cod. de Fideic.*

(2) *Harprecht ad d. Leg. fin.*

rei constitutæ, quæ amica legibus adeo est, præsertim vero quum non solum ea quæstio possit de raro contingentibus appellari, quia vix unus, aut alter erit, qui verbo tenus, ac præsente nemine heredem roget, sed siquando inciderit, excogitari vix etiam possit, quo præsente numine id innotuerit.

Deinde Imperatori fucum ex eo videtur factum, quod sola fide niterentur olim Fideicommissa, eique e re esse propterea visum, ut quasi postliminio redirent ad statum pristinum, haud tamen animadvertit haberi a se insuper Juris regulam, qua non licere perspicue traditur probationes eruere è domo rei, ac succidisse etiam pro parte Nervos Constitutioni de quinque Testibus (1). Abrogavit insuper legem (2) alteram, quantumvis mox Codici inseri jussam, quæ, si solemnitas juris deest, deberi Fideicommissa disertè negat, nisi Iuris solemnitatem pertrahamus etiam ad Iusjurandum, quod per vim extorquetur; Accedit, contra Iudiciorum quoque naturam, constitui quasi Iudicem sui ipsius, qui constituitur sui Testis; quod in jure novum certè non est, sed non extendatur temere oportet, eoque minus in Legem abeat. Dissimulari hæc possent, nisi ad incertum, summæque ancipitem rei exitum, cui subest confugium Iustinianeum, accederet etiam perjurii metus, & quidem vehemens. Nam facile ad pejerandum adducitur, qui fortunis alienis inhiat, & facilius is, cui nihil pensi servare fidem amico fuit.

Alterum a Iustiniano haud satis consulto fortasse invectum (3), in illud redit, quod prohibere Testator heredi possit, ne Falcidiam, seu Trebellianicam detrahat, eoque recusante adire hereditatem, Fideicommissis one-

 ra-

(1) *Leg. ult. Cod. de Codicill.*
(2) *L. Si veritas Cod. de Fideicom.*
(3) *Novell. 1. de hered. & Falcid.*

ratam, eam quoque Iure ſuo poſſit adire alter, ſeu Fideicommiſsarius, ſeu Legatarius, ne dempto quidem ſervo, atque herede etiam ab inteſtato. Et ita Iuſtinianus, qui initio caverat, *valere* dumtaxat *Teſtatoris Sententiam, ſi expreſſim deſignaverit, non velle heredem retinere Falcidiam*, poſtea expreſsum ad rationem quoque taciti traxit, (1) nec modo arbitrarium Falcidiæ Jus; ſed conjecturis etiam obnoxium fecit.

Probo heredibus voluntati Teſtatoris obtemperare nolentibus, auferri ut indignis hereditatem, quæ antea in pœnam cedebat Fiſco, quæque ex ea Conſtitutione Legatariis, & Fideicommiſsariis adcreſcit, in quo laudandus eſt Imperator. Verum non video, quid oportuerit, ad tuendam voluntatem defuncti, ab ejus voluntate recedere & regulam juris jamdiu recepti, magis evertere, quam turbare, ut utrumque fit, ſi permittatur adire, quem Teſtator adire noluit, quia non inſtituit, atque adire, ut heres, qui heres non eſt. Libertatum conſervandarum cauſa, quæ ſemper potiſſima in jure fuit, Lex (2) non indulſit, ut adire quicumque poſset arbitrio ſuo, ſed ut addicerentur dumtaxat defuncti bona, vel uni ex ſervis, vel cuique perſonæ liberæ ea poſtulanti. Nec Trebellianum ipſum transferendarum Actionum Cauſa, Fideicommiſsarium heredem fecit, aut indulſit adire poſse, ſed in eum, ut in heredem actiones tranſtulit, adeoque utiles, non directas. Quemadmodum vero heres, tum Edicto Prætoris, tum Iuſtiniani quoque Conſtitutione, ad adeundum compelli poterat, ita potuiſset æque compelli, incolumi prorſus, ſalvoque jure, eique hereditas, ut indigno, nec gerenti ex fide defuncto morem, auferri in pœnam perfidiæ

(1) *Novell.* 119.

(2) *Inſtit. de tit de eo, cui libert. cauſ. L. ult. Cod. de teſtam. manumiſſ.*

diæ ſuæ, atque addici pro rata aliis, non ut heredibus, ut non ſunt, ſed loco heredum, ut eſſe poſſunt.

Quo vero ad Falcidiam, ſeu Trebellianicam pertinet, (1) oſtendit propalam Juſtinianus, dum redit in totum ad jus vetuſtius, fidiſſe ſe nimium heredum fidei, quos Publicus Syrus, naſci magis, quam ſcribi, ajebat, adeoque Jure Falcidiæ abſque delectu, & ut collibuerit a Defuncti arbitrio pendere juſſo, incauti revertimur ad abſurda, quæ præcavenda Cautiores duxerant. Scio hodie Fideicommiſſa reſtitutoria plerumque eſſe poſt mortem tantum, id quod veteribus non incognitum, ut quidam perperam exiſtimarunt, (2) ſed aliquanto infrequentius fuit; ac propterea ex uſu intereſſe plerumque heredis adire etiam hereditatem, quam ſolidam alteri reſtituere debet, ratione fructuum quos ſibi percipit uti Dominus, ſuoſque jure dominii facit; præſertim vero poſt Beneficium Inventarii ad temperandam aſperitatem antiqui Juris provide inductum, & quo tutus eſt ære alieno quod ultra vires hereditarias emerſerit.

Sed neminem contra latere arbitror, Fideicommiſſa, ex noſtris moribus quoque fieri, ut ſtatim reſtituantur, ſeu ex voluntate, ſi ita placuerit, ſeu ex juris neceſſitate, qua hereditas inflectatur oportet, veluti adjecta Codicillari Clauſula Teſtamento, quod ut injuſtum vi ſua careat, eamque mutuetur a Codicillis, in quos convertitur; aut ſi eveniet etiam, ut is, qui deceſſit, univerſam hereditatem, nullo condito Teſtamento, ſed Codicillis dumtaxat ab inteſtato reliquerit. Fingamus utroque caſu a morituro fuiſſe vetitam Falcidiæ ſimul, ac Trebellianicæ deductionem, atque inſuper ve-

(1) *Neutra olim prohiberi potuit. L. Nemo ff. de Legat.* 1., *niſi favore libertatis L. 6. ff. de Fideic. libert. L. 33. ff. ad Leg. Falcid.*

(2) *Vid. Murator.* Difetti della Giuriſprudenza *cap.* 17.

titam non disertis modo verbis, sed & enixis; num propterea heres legitimus, in quem solum hereditas universa directo jure transire potest, & jure transit, nullo ei suppetente lucro, atque ut umbratilis prorsus heres, adibit ultro, aut adigendus propterea erit, invitus etiam, & ægreferens, ut molestias unice sibi comparet; vel ei hereditas, ut indigno auferenda est, aliisque temere concedendum, ut quicumque malint, adire possint, propterea quod, qui solus heres de jure est, non alia ex causa recuset esse, quam quia legis beneficio caret in fraudem Legis aliena tamen, non sua culpa? Non puto equidem, & vereor ne Justinianus in Syrtes nos conjecerit, quamquam negari profectò nequit pensiculatè, ac plerumque provide, quamplura etiam constituisse.

Ut autem tum ex jure, quod ipse invenit, tum ex eo, quod retinuisse videri potest, præcipuè verò ex Fideicommissorum natura, ac vi, facilius introspiciamus sub involucro verborum sæpè latentem, ac per se ancipitem voluntatem, excitari posset non una quæstio, ut agitantur in dies plurimæ, ita operæ pretium fortasse facerem, si ad eas ex ordine properarem; Verum ab his recensendis abstineo libens, ne eo molestius evadat sermo, quo fusior est. Pleræque enim ex iis sunt quæ certa haud nitantur regula, cujus impatiens est voluntas humana: Illud monendum, & ad dignoscenda, & ad interpretanda Fideicommissa palmam ferre ipsam voluntatem, quæ dominatur, ad quam eruendam, primus gradus sunt ipsa verba, quorum in dubiis ea est capienda significatio, quæ voluntati propius accedat; pugnantibus verò invicem voluntate perspicua, ac perspicuis verbis, his ea semper est præferenda. Secundum gradum conjecturæ constituunt, sive eliciantur ex ipsis verbis, sivè extra verba, ac tam ex Facto, quam ex Jure.

Quo-

Quoniam verò iterata incidit Codicillaris Clausulæ mentio, non abs re puto animadvertisse, compendiario tamen ut ajunt calamo, fere ab ipsis restitutæ Jurisprudentiæ primordiis (1), disputatum fuisse acriter de ejus effectu, & quidem omnium in jure maximo: An præterito filio nato, vel nascituro, seu is Postumus verè sit, seù habeatur Postumi loco, ut Aquilianus, & Vellejanus; uno verbo, Testamento Patris, alterutrius præteritione, aut nullo, aut rupto, universa hæreditas ex clausula Testamento adjecta, in causam Fideicommissi vertatur, & tam Institutio, quam cætera, quæcumque sint, inflectantur, seu potius infirmato penitus Testamento, quæcumque relicta, aut conscripta sunt, evanescant, ac plenè ad intestati causam res redeat: Huic quæstioni, nemo non videt, præbuisse saltem ex parte locum, diù agitatam quæstionem alteram, An post Authenticam *Ex causa* differat amplius præteritio paterna, seù a paterna exheredatione, seu a præteritione, atque exheredatione materna, ita nimirum, ut Testamentum utroque casu sit æque irritum, aut sit irritum primo tantum; Secundo autem rescindatur unicè per querelam, nec ultra solam Institutionem. Rescindi dumtaxat nec fuisse recessum a jure veteri, tenuere plurimi ejus ætatis; iique Interpretes (2) acutissimi, quousque insurrexit altera Schola, quæ *in communem*, (3) ut vocant subindè abiit; unde Fautor alterius Bartolus coactus est rem quasi transigere, ac distinctione adhibita temperare, cui deinceps, ut fieri solet, alii alias adjecere distinctiones (4). Nobis ve-

(1) *Accurs. ad L. 1. Cod. de Post. hered. instit. Azo in Summ Cod. de liber. præterit. Petrus Jacob. Vetustissimus Interpres ad auth. Ex causa Cod. de lib. præterit. Alexand. ad auth. n. 17.*

(2) *Accurs. loc. cit. Azo loc. citat. Odofredus, Oldradus, Martinus, Dinus, Butrigarius, aliique, inter quos Bartolus conf. 13. n. 10. vid. etiam conf. Oldrad. 138., & 149.*

(3) *Vid. Alexand. ad d. auth. n. 17.*

(4) *Videndæ apud Tiraquell. ad L. Si unquam 8. Cod. de revocand. Donat. n. 263. & seqq.*

vetus Sententia ſedet (1). Proponitur enim omninò nihil, quominus clauſula vires exerat, Teſtamento, & præteritione ab initio nullo, & agnatione Poſtumi rupto, ac vigente adhnc priſco diſcrimine inflectantur omnia ad Fideicommiſſum neceſſe eſt; ſola verò Inſtitutio corruat, eaque ſola in Fideicommiſſi cauſam deflectat, ſi injuſtè filius exheredatus a Patre fuerit, & a Matre ſive præteritus, ſive exheredatus injuſtè; Utroque caſu non per ſe irrito Teſtamento, ſed per querelam Inofficioſi reſciſſo. Ad primum, quod attinet, nullibi legas, ſi quicquam video, ademptas eſſe Clauſulæ vires, quique præconcepta opinione id aſſerunt, vereor, ne palam hallucinentur: Corruit enim Clauſulæ vis, corruente unicè Teſtamento ex defectu earum ſolemnitatum, quibus naturalis ſubſtantia afficitur, quæque internæ vocari ſolent. A veritate igitur aberraſſe viderentur ii, qui quod ad ejus effectum pertinet, comminiſcuntur diſcrimen inter Teſtamentum præteritione ipſo jure nullum, & agnatione Poſtumi ruptum, quaſi hoc etiam vix nato Poſtumo, ſi vivus naſcitur, non ſit nullum, ac prorſus irritum ipſo jure.

Quod verò pertinet ad ſecundum, eo libentius Sententiæ veterum adhæreo, quo magis diſplicent tot diſtinctionum circuitus, quot invexere Auctores ſequioris ævi, & quo impenſius diligo amicam legi ſimplicitatem. Nec præter allatas ab Oldrado, & Bartolo, aliæ potiores rationes deſunt; in primis verò ſi conferatur Authentica cum Novella, (2) unde excerpta eſt, eaque univerſa expendatur ſedulo, ac revocetur quoque ad germanum ſenſum, eruendum ex ea verſione, quam adornavit longè accuratius, ac verbum verbo perpetuò red-

[1] §. *Poſtumi inſtit de exhered. lib. Leg. 1. Cod. de Poſtum hered. inſtit.*

(2) *Novell.* 115. *cap.* 3.

reddens, Antecessor Julianus, qui ei præposuit quoque Epigraphen *de Inofficioso Testamento*, non *de Irrito*, quæ vox certè videri potest in versionem Anonimi irrepsisse, nisi dixeris, hunc Interpretem, qui etiam in aliis sæpè cæcutit *pro Inofficioso* vertisse *Irritum*, de quo Doctorum esto *Judicium*.

Postremum, quod non omittam, in eo versatur a Fideicommissis secernendas esse accuratius fideicommissorum figuras, quæ non raro, ut his affines, sub eorum imagine incautos fallunt, consilium (1) præsertim, & commendatio (2), scribentis auctoritas (3), ministerium (4), quod vocant, nudum, ac substitutio directa. (5) Huic inprimis si ad rem, uti se habet, parum incumbamus, accepto ferri perspicuè debet causa earum difficultatum, quibus Interpretes vetustiores (6) dixere obnoxiam Valeriani, & Gallieni legem, in qua versamur (7), errorumque origo, in quos inciderunt. Putant in ea specie fuisse nullam Institutionem ob Testatoris errorem, non concidisse autem Fideicommissa, & Legata, quasi ab intestato præstanda sint, testamento etiam irrito, & infirmata; aut nulla prorsus Institutione, in quo videntur decipi. Haud enim animadvertunt, non institui a Testatore puellam, ut adoptione effectam ipsius Filiam, quo casu directis non precariis verbis Pupillaris substitutio concepta esset, adeoque distinguenda utraque attentè erat, ne ex utraque confusa perperam, falso etiam ar-

(1) *L. 77. §. 24. ff. de Legat. 2.*

(2) *L 41. § 6. ff. de Fideicomm. libert. L. 11. §. 2. ff. de legat. 3.*

(3) *L. 5. §. 8. ff. de administr. Tutor. L. 7. in princ. ff. de ann. Legat.*

(4) *L. 88. §. 1. ff. de legat. 2. junct. L. 78 §. 1. ff. ad S. C. Trebell. L. 17. ff. de legat. 2.*

(5) *Facit Textus in Cap. Si Pater de Testam. in 6. L. 5. C. de impub. L. 6. Cod. de Testam. milit. Novell. 159. Accurs. ad d. L. 6. Bartol. ad L. Centurio 15. ff. de vulg.*

(6) *Azo, quique eum plurimi sunt sequuti. Vid. Cin., quosque is laudat ad eam legem.*

(7) *L. 14. C. de Fideic.*

argueretur extitisse nullam Institutionem, quæ certò constitit, quandoquidem adire, & non adire puella potuit, ex quo etiam apertè constat, nec institutam uti filiam fuisse, quia tunc, ut heres sua, nulla prorsus aditione eguisset. Eatenus vero ea non adita hereditate, defuncta, non conciderunt Fideicommissa, quatenus non agebatur de substitutione directa, sed solum de precaria, & concepta *simpliciter*, ut Lex ait, Fideicommissis nempè relictis non ab ea dumtaxat, & solo casu, quo decessisset ante pubertatem, & aditionem, sed a quocumque etiam ab intestato, quandocumque puella defuncta esset; In quibus potissimus rei cardo, & germanæ Interpretationis non minus ratio, quam fundamentum, ni mea me prorsus opinio fallit, est constitutum. (1)

Ut autem perspectior Lex ipsa fiat pro imbecillitate tamen ingenii mei tum ex ea, seorsim etiam aliquanto pressius, ut est in more positum, exponenda: tum ex hactenus tumultuario potius labore, traditis, & congestis, quam expolitis, eruendas has Theses duxi more, institutoque Majorum mox disputandas, ac defendendas, nisi ut par esset, ut meæ vires tamen infirmæ sinunt.

THE-

(1) *Cujac. ad lib. 6. Cod. tit. 42. de Fideic. Govean. Lect. varior. lib. 1. cap. 1. per tot.*

THESES

Ad Leg. Eam, quam 14. Cod. de Fideicommissis.

I. Fideicommissa e Jure gentium orta

II. Naturalem obligationem, nondum etiam Civili prodita, exeruere.

III. Inducta tamen in fraudem legis, utrâque carent.

IV. Quâ Fideicommissa, tituli; quâ vero legatis æquata, modi sunt acquisitionis.

V. Non omnia verò in omnibus exæquata sunt.

VI. Utraque licet Trebellianicæ, seu Falcidiæ sint obnoxia.

VII. Quam portionem gravatus, qui solidum restituit, indebiti condictione non repetit.

IM-

IMPRIMATUR.

Nicolaus Maria De Vecchis Decanus, & Rector Deputatus.

IMPRIMATUR,

Si videbitur Rm̃o P. Mag. Sacri Palatii Apostolici.

F. M. De Rubeis Patr. Const. Vicesg.

IMPRIMATUR.

Fr. Vincentius Elena Rm̃i P. Mag. Sac. Pal. Apost. Soc. O. P.